

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O NOVO CÓDIGO CIVIL: temas limítrofes

ELIANA CALMON ALVES

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

Introdução

O sistema jurídico do Brasil é fruto de um passado colonialista e de uma cultura permeável às idéias e conceitos oriundos do Direito estrangeiro.

A tendência não se modificou, quando da modernização do País, com a adoção de microssistemas especiais.

Assim, o Direito Civil, que é o direito dos iguais, dos homens livres e dos fraternos, herdou um forte embasamento do Direito francês e, com essa tendência, abriu as portas à modernidade.

Na concepção moderna, temos o Estado na sua clássica divisão de poderes, em que as normas são editadas de forma rígida, fechada e exclusiva, com o propósito de deixar contido no regramento estatal tudo que possa ocorrer na sociedade. É a plenitude do ordenamento jurídico de que falava Kelsen.

Dentro desse contexto, cabe ao Estado-Juiz dizer o direito posto, porque é ele, o juiz, a "boca da Lei".

A visão tripartite do Estado é moderna, civilizada e democrática, herdada da Revolução Francesa, mas o modelo entrou em crise no final do século XX, cedendo lugar a um ceticismo sem precedentes.

A questão maior foi a descrença de que a ciência jurídica seria capaz de construir um sistema normativo com respostas adequadas à

solução dos problemas sociais, em uma sociedade que sofre as agruras de uma absurda concentração de renda que gera uma incômoda e quase insuportável exclusão social.

Aliada aos problemas sociais, a assustadora velocidade da vida leva à superação das certezas de ontem, com informações prestadas, quase imediatas, põe em cheque as verdades de hoje e põe em dúvida os caminhos do amanhã. Nesta fase tudo leva a um comportamento que valoriza o abstrato, o transitório, o lazer, os serviços, em uma tendência que não mais se acomoda no figurino da modernidade herdado da Revolução Francesa.

A tendência veloz rompe com a modernidade, implode o direito posto e inaugura a era da pós-modernidade, com valores e referenciais inteiramente novos, quebrando-se os paradigmas do ordenamento jurídico.

Dentro da visão da pós-modernidade, procura-se estabelecer novos valores, novos princípios e o direito dos iguais e dos fraternos, o Direito Civil, passa a sofrer uma profunda influência do Direito Público.

Afinal, a sedimentação dos direitos fundamentais e a questão da liberdade individual, com o surgimento de novas e diferentes necessidades, transformadas em direitos individuais, passam a ser a pedra de toque do direcionamento político.

Abre-se um campo profícuo para a valorização da transparência, da verdade, da sinceridade, com ênfase aos laços fraternos. Abandona-se a igualdade formal da Revolução Francesa, a igualdade substancial que marcou o final da era da modernidade, porque o importante não é a igualdade, e sim a equidade. O Estado do bem-estar social está em crise e mergulha no ceticismo do vazio, das soluções individualistas e da

insegurança jurídica, convivendo com o pluralismo de fontes legislativas, implodindo os sistemas genéricos normativos.

Assim, o Direito Civil já não é mais tão privado e o Direito Público, tão político e público pela mescla de interesses em ambas as esferas.

É dentro desse panorama provocado pelos ares da Constituição de 1988 que surge um dos mais modernos instrumentos legislativos, o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor

Como produto da pós-modernidade, provocou o Código de Defesa do Consumidor uma implosão na Teoria Geral dos Contratos de tal ordem que, passados mais de dez anos de sua existência, ainda há resistência e um certo desconhecimento das diretrizes desse microssistema.

Não se tem mais dúvida de que o CDC é uma arma garantidora dos direitos de cidadania na esfera das relações de consumo, até então regidas pelo Código Civil de 1916.

E, para que se possa entender bem este instrumento de pós-modernidade, é necessário que não se veja nele um substitutivo moderno do Código Civil, mas o seu complemento a reger, especificamente, as relações de consumo numa economia cada vez mais sofisticada e oligopolizada.

Trata-se de sistema jurídico inteiramente novo, no qual se podem fazer os seguintes destaques:

1) inovação da técnica legislativa, definindo concretamente os seus objetivos, baseados nas diretivas políticas constantes dos arts. 5º. XXXII e 170 da CF/88, conforme explicitado no art. 4º do Código.

No passado, somente pela Exposição de Motivos era possível saber o intérprete quais as razões políticas que alicerçaram a produção legislativa;

2) adoção de linguagem menos jurídica e mais setorial. É o caso do termo “hipossuficiente”, usado menos em sentido jurídico e mais no sentido econômico, dando conotação de deficiência econômica, cultural, técnica, enfim, as características de consumidor em contraposição ao fornecedor;

3) apresentação do novo papel do legislador, pois a norma procura mostrar e oportunizar as vantagens de sua aplicação aos destinatários. Assim, a regra do inciso VIII do artigo 6º consagra a inversão do ônus da prova em favor do consumidor;

4) o princípio da boa-fé, prestigiado no Projeto Reale do Código Civil, é no CDC a pedra de toque na proteção do consumidor, abrاندando a estrutura rígida do contrato tradicional, fincado sob o princípio *pacta sunt servanda* – autonomia da vontade. Além disso, sedimenta o princípio da boa-fé objetiva, que ganhou dimensão a partir da CF/88;

5) as relações contratuais, quase sempre bilaterais, passam a ser pluralistas, abrigando terceiras pessoas, inclusive os terceiros voluntários e os terceiros acidentais, pela cadeia formada pela responsabilidade objetiva de todos os componentes da relação. Temos pluralidade de vínculos em um só contrato.

Os destaques analíticos são meramente exemplificativos e servem para sedimentar a realização de uma determinação política, contida no art. 48 do ADCT, a qual sinalizava para que se fizesse um Código de Defesa do Consumidor, cumprindo-se, assim, um dos direitos fundamentais

do art. 5º da CF/88 : “XXXII - O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

O Código Civil

O Código Civil de 1916 teima em não desaparecer, mesmo quando já aprovada e em período de *vacatio legis* a Lei 10.406/02, falando-se até mesmo no adiamento da entrada em vigor do novo diploma civil. Mas qual a razão da resistência?

Uma parece-me óbvia: o Código Civil de 1916 foi obra de dois gênios. Um gênio jurista, Clóvis Beviláqua, que o elaborou, e um outro gênio, no Legislativo, que conduziu a sua aprovação – Ruy Barbosa.

O Código em espera, em verdade, não foi capaz de avançar na disciplina dos institutos, tornando-se óbvio demais para o futuro e, o que é pior, sem querer ter com o amanhã maiores comprometimentos. Daí as regras que orientaram a sua elaboração, cujas diretrizes são:

1) preservação do que fosse possível do Código de 16 e aproveitamento dos anteprojetos antecedentes.

2) Introdução de valores essenciais, tais como:

-Eticidade – fora o formalismo jurídico do Direito português e da Escola Germânica;

-Sociabilidade – superação do caráter individual;

-Operabilidade – eliminação das dúvidas conceituais e interpretativas;

1) disciplinamento exclusivo de matéria já consolidada e sedimentada, deixando fora, porque ainda não acabada, a pesquisa científica em torno da clonagem, barriga de aluguel, inseminação artificial,

congelamento de embriões, eutanásia, internet, transsexualidade ou mudança de sexo etc.

2) unificação das obrigações, inclusive em relação às derivadas das relações de comércio.

Como princípios, estabeleceu:

- boa-fé (art. 113);
- usos e costumes locais (art. 187);
- probidade (art. 422);
- função social dos contratos.
- Dentre as inovações, destacam-se:

- 1) flexibilização das normas;
- 2) liberdade para o juiz;
- 3) conceituação do negócio jurídico;
- 4) conceituação de lesão, abuso de personalidade jurídica;
- 5) abuso do direito como elemento subjetivo;
- 6) ênfase do contrato como função social;
- 7) unificação do direito das obrigações;

Limites do Microsistema (CDC) e do Macrossistema (Código Civil)

Quando se pretende fazer uma análise comparativa, deve-se ter em mente que o CDC é produto legislativo da pós-modernidade, em que se procura estabelecer os regramentos, apreendendo o mais possível as características de cada um. Daí a posição de serem estabelecidos diversos microssistemas.

Como o CDC surgiu em uma época de grande defasagem do direito civil perante a realidade social, ocupou um espaço que não era exatamente o seu, principalmente no que toca à parte principiológica do Direito das Obrigações.

E essa invasão do CDC nas relações do direito civil foi o reflexo do trabalho da jurisprudência. Daí por que dizem os juristas que a entrada em vigor do Novo Código Civil, paradoxalmente, contribuirá para um redimensionamento de muitas questões até então confusas.

O primeiro destaque que faço, nesse trabalho de realinhamento, é para o fato de que o CDC, em princípio, só disciplina as relações de consumo.

E o que vem a ser relação de consumo? O CDC não a conceitua, limitando-se em estabelecer o conceito de consumidor.

Pretendeu o legislador brasileiro proteger o consumidor, optando por dar um enfoque pluralista à expressão, que abrange o consumidor médio, mais ou menos atento, incluindo-se na dimensão o consumidor sem instrução, sem recursos financeiros. É o consumidor em potencial.

Assim, encontramos no CDC, ao lado da definição do que seja consumidor (art. 2º, caput), a figura do:

1) CONSUMIDOR VULNERÁVEL (pobre e fraco – art. 4º, I);

2) CONSUMIDOR VÍTIMA EM GERAL (art. 17); e

3) CONSUMIDOR representado por pessoas expostas a práticas abusivas de mercado (art. 29).

Temos, então, o CONSUMIDOR propriamente dito e o CONSUMIDOR EQUIPARADO, mas, em verdade, só se trata de consumo a aquisição ou a utilização de um bem, sem importar qual o destino desta utilização, se vinculada direta ou indiretamente a uma atividade econômica. Retirou o produto de circulação, é consumidor. E a polêmica ainda mais se amplia, quando se procuram as diferenças entre ADQUIRENTE e USUÁRIO, sendo certo que ambos se utilizam do bem adquirido.

A abstração é própria dos chamados MAXIMALISTAS, que se contrapõem aos FINALISTAS, para quem CONSUMIDOR é o destinatário econômico que se encontra na etapa derradeira da atividade econômica.

A jurisprudência tem se inclinado com maior insistência para a corrente MAXIMALISTA, o que se pode bem verificar na jurisprudência do STJ, que, em relação aos contratos bancários, não indagou se consumidor *stricto sensu*, ou se consumidor equiparado, quando proclamou:

As instituições bancárias são regidas pela disciplina do CDC, sendo possível a revisão dos contratos sob a sua ótica.

(Resp 341.672/RS)

O CDC é aplicável sobre todos os contratos de financiamento bancário firmados entre as instituições financeiras e seus clientes.

(Resp 334.175/RS)

Presentemente, enfrenta o STF, na ADIn 2591/2001, controvérsia para classificar as relações dos poupadores de cadernetas de poupança, dos usuários de cartões de crédito, de seguro, e de todas as operações bancárias, à luz do art. 192 da Carta Magna. O questionamento está no fato de tais relações observarem o comando legal de lei complementar e não o CDC, que é lei ordinária.

A polêmica encontrará solução no Código Civil, que, ao promover a unificação das obrigações civil e comercial, encampou o conceito de empresário (aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços - art. 966). O conceito coincide com o conceito de fornecedor do CDC.

Disposições Convergentes, Divergentes e Complementares

Disposições Convergentes

Aquelas que o CDC adotou do Código de 1916, tais como: a) princípios da probidade e da boa-fé – art. 421 e 422; e b) abuso da personalidade jurídica – art. 50 CC.

Disposições Divergentes

a) O CDC prevê como cláusula de revisão contratual a desproporcionalidade das prestações (art. 6º, V) e como prática abusiva prevalecer-se o fornecedor da fraqueza ou inexperiência do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social.

O Código Civil inclui a lesão entre os defeitos do negócio jurídico, definindo-a como a assunção da obrigação desproporcional, mas, nesse caso, exige-se o dolo.

b) O art. 423 do Código Civil dispõe sobre os contratos de adesão e afirma que devem ser interpretados de maneira mais favorável ao aderente quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias.

O art. 47 do CDC determina que a interpretação das cláusulas contratuais deve sempre ser mais favorável ao consumidor.

c) O Código Civil prevê resolução do contrato por onerosidade excessiva, quando o contrato se desequilibrar em razão de vantagem extrema provocada por fatos extraordinários e imprevisíveis – teoria da imprevisão.

O CDC deixa o exame a critério do juiz sem exigir a imprevisibilidade e a extraordinariedade.

Disposições Complementares

a) O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil impõe a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos que especifica ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem.

As regras de responsabilidade civil do fornecedor pelo FATO DO PRODUTO ou DO SERVIÇO independe de culpa.

b) o art. 156 do Código Civil prevê o chamado ESTADO DE PERIGO quando alguém, premido por necessidade de salvar-se, ou a pessoa da família, de grave dano, assume obrigação excessivamente onerosa.

O Código considera esse estado de perigo como defeito do negócio jurídico capaz de anular o negócio.

O CDC não tem a disposição, mas pode ser aplicável supletivamente.

Conclusões

1) A vigência do Código Civil não trará prejuízo aos consumidores.

2) O Código Civil, ao incorporar no seu texto o conceito de empresário, do Código Comercial, pôs fim à polêmica entre maximalistas e finalistas. Agora, ficará o CDC reservado ao destinatário final econômico.

3) Quando o Código Civil estipular proteção inferior à estabelecida no CDC, o consumidor não será afetado, pois prevalecerá a lei especial.

4) Normas convergentes ou complementares do CDC podem ser aplicadas.